

Valutazione di idoneità della documentazione sui prezzi di trasferimento

di Piergiorgio Valente (*) e Ivo Caraccioli (**)

L'art. 26 del D.L. n. 78/2010 ha introdotto in Italia un regime premiale di disapplicazione delle sanzioni relativo alla rettifica dei prezzi di trasferimento infragruppo, connesso alla presentazione all'Amministrazione finanziaria in sede di verifica di un'"idonea" documentazione che illustri le politiche di *transfer pricing* adottate dal contribuente. La valutazione di "idoneità" di tale documentazione da parte degli organi di controllo ha sollevato diverse criticità negli ultimi anni.

1. Premessa

L'art. 110, comma 7, del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (T.U.I.R.), contiene la disciplina italiana sui prezzi di trasferimento infragruppo, disponendo che "I componenti del reddito derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato, che direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa, sono valutati in base al valore normale dei beni ceduti, dei servizi prestati e dei beni e servizi ricevuti" (1).

Estrema rilevanza rivestono altresì le seguenti fonti interpretative: la circolare 22 settembre 1980, n. 32 (prot. n. 9/2267) e la circolare 12 dicembre 1981, n. 42 (prot. n. 12/1587) nelle quali viene fornita un'interpretazione del concetto di controllo e vengono dettati criteri base per la **determinazione del valore normale**, nonché il più recente Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate del 29 settembre 2010, se-

guito dalla circolare esplicativa del 15 dicembre 2010, n. 58/E.

Tali ultimi interventi hanno segnato un netto cambiamento rispetto al passato, introducendo per la prima volta in Italia il regime documentale dei prezzi di trasferimento, accanto ad un **regime premiale** che consente al contribuente - se ritenuto *compliant* con la disciplina *de qua* - di ottenere un trattamento favorevole in caso di rettifica del reddito, consistente nell'esonero dalle sanzioni amministrative tributarie (2).

Difatti, a partire dal 2010, è stata introdotta in Italia la facoltà per le imprese multinazionali di predisporre un'**apposita documentazione** sulle politiche di *transfer pricing* adottate al gruppo: la disposizione ha una duplice utilità in quanto, da un lato, consente alle imprese multinazionali di fruire di un regime di esonero dalle sanzioni per la violazione amministrativa di cui all'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 471/1997 derivanti da eventuali rettifiche dei prezzi di trasferimento

(*) Chairman del Comitato Fiscale della Confédération Fiscale Européenne (CFE).

(**) Già ordinario di Diritto penale nell'Università di Torino.

(1) Per approfondimenti sulla legislazione italiana in mate-

ria di prezzi di trasferimento, cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, IPSOA, 2015, pag. 349 ss.

(2) Per approfondimenti sulla prassi italiana in materia di prezzi di trasferimento, cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, op. cit., pag. 429 ss.

adottati; dall'altro, permette all'Amministrazione finanziaria di disporre, in sede di controllo, di un valido supporto documentale al fine di verificare la corrispondenza dei prezzi praticati nelle operazioni infragruppo dalle imprese associate con quelli adottati in regime di libera concorrenza (3).

2. Ratio dell'esonero dalle sanzioni

La disposizione introdotta dall'art. 26 del D.L. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla Legge 30 luglio 2010, n. 122 (4), prevede la disapplicazione delle sanzioni tributarie in materia di determinazione di maggiori imponibili conseguenti all'applicazione della normativa sui prezzi di trasferimento nel caso in cui il contribuente renda disponibile all'Amministrazione finanziaria idonea documentazione prevista da apposito Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate (poi emanato in data 29 settembre 2010, prot. 2010/137654).

Tale disposizione manifesta alcune singolarità nel quadro generale del diritto tributario e, in particolare nel diritto tributario d'impresa. Essa non impone specifici obblighi al contribuente in materia documentale e probatoria.

L'**esibizione della documentazione** di cui trattasi non è infatti obbligatoria, per cui la sua mancata predisposizione o comunicazione all'Ufficio impositore non costituisce violazione di norme imperative, suscettibile di specifica sanzione. In tal senso, quindi si potrebbe ritenere che nulla appare sostanzialmente innovato rispetto al precedente regime, se non la circostanza secondo cui la predisposizione della documentazione (idonea) consente al contribuente

(ed impone all'Ufficio impositore) la **disapplicazione delle sanzioni tributarie** in caso di accertamento di maggior base imponibile (ovviamente per la sola parte relativa alla rideterminazione dei prezzi di trasferimento).

La stessa Amministrazione finanziaria, nella circolare n. 58/E del 15 dicembre 2010, afferma come "il sistema si basa sull'introduzione di un regime premiale che tiene conto dell'impegno profuso dai contribuenti che, in buona fede, predispongono la documentazione con l'effetto di agevolare, in sede di controllo, il riscontro della conformità al valore normale delle operazioni infragruppo realizzate. Pertanto, l'adozione di tale regime appare configurarsi come vero e proprio indice segnaletico della presenza di un atteggiamento cooperativo, trasparente e in buona fede, elementi, questi ultimi, che come noto assumono importante valenza nell'ambito delle previsioni introdotte con Legge 27 luglio 2000, n. 212".

La **ratio** della documentazione è rinvenibile anche in successive circolari dell'Agenzia delle entrate. A tal riguardo, la circolare dell'Agenzia delle entrate n. 25/E del 31 luglio 2013, avente ad oggetto gli indirizzi operativi per la prevenzione ed il **contrasto dell'evasione** per il periodo di imposta 2013, ha evidenziato come l'Amministrazione finanziaria, nell'ambito dell'attività di **determinazione del livello di rischio**, deve tener conto dei comportamenti che attestino la propensione del contribuente alla costruzione di un rapporto collaborativo con l'Amministrazione finanziaria, basato sulla trasparenza e sulla fiducia (5).

(3) Come evidenziato nella Relazione Illustrativa al D.L. n. 78/2010, "Tale controllo, come noto, attualmente si presenta difficoltoso in mancanza di un'adeguata collaborazione da parte del contribuente, essendo caratterizzato da elementi di rilevante complessità, anche tecnica".

(4) L'articolo, rubricato "Adeguamento alle Direttive OCSE in materia di documentazione dei prezzi di trasferimento", dispone quanto segue:

"1. A fini di adeguamento alle Direttive emanate dalla Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico in materia di documentazione dei prezzi di trasferimento ed ai principi di collaborazione tra contribuenti ed Amministrazione finanziaria, all'art. 1 del Decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471, dopo il comma 2-bis, è inserito il seguente:

2-ter. In caso di rettifica del valore normale dei prezzi di trasferimento praticati nell'ambito delle operazioni di cui all'art. 110, comma 7, del Decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, da cui derivi una maggiore imposta o una differenza del credito, la sanzione di cui al comma 2 non si applica qualora, nel corso dell'accesso, ispezione o verifica o di altra attività istruttoria, il contribuente consegni all'Ammini-

strazione finanziaria la documentazione indicata in apposito provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate idonea a consentire il riscontro della conformità al valore normale dei prezzi di trasferimento praticati. Il contribuente che detiene la documentazione prevista dal provvedimento di cui al periodo precedente deve darne apposita comunicazione all'Amministrazione finanziaria secondo le modalità e i termini *ivi* indicati. In assenza di detta comunicazione si rende applicabile il comma 2.

2. Ai fini dell'immediata operatività delle disposizioni di cui al comma 1, il provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate deve essere emanato entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente Decreto. La comunicazione concernente periodi d'imposta anteriori a quello in corso alla data di entrata in vigore del presente Decreto deve essere comunque effettuata entro novanta giorni dalla pubblicazione del provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate".

(5) Medesimi principi sono stati ribaditi dall'Agenzia delle entrate nella circolare n. 16/E del 28 aprile 2016: "è (...) imprescindibile continuare nella positiva evoluzione del rapporto fi-

L'art. 26 del D.L. n. 78/2010 si pone difatti l'obiettivo di "premiare" l'**atteggiamento collaborativo del contribuente** e "deve essere in specie considerato nell'ambito dell'attività di tutoring, ai fini della graduazione del rischio di evasione/elusione, quale indice di trasparenza e collaborazione nei rapporti con l'Amministrazione finanziaria. (...) In tale contesto, si ricorda comunque l'esigenza di procedere, in sede di controllo, ad un'adeguata ed equilibrata valutazione della documentazione predisposta dai contribuenti che hanno aderito al regime degli oneri documentali, al fine di verificare la sussistenza o meno di un genuino impegno dell'impresa a rendere trasparente il processo di determinazione dei prezzi delle proprie transazioni infragruppo" (6).

È palese come la presentazione della documentazione di *transfer pricing* in sede di verifica da parte del contribuente comporta una serie di vantaggi per l'Amministrazione finanziaria. L'acquisizione della documentazione prodotta dall'operatore investigato consente all'Amministrazione finanziaria di avere una utile base di riferimento, sia sotto il profilo conoscitivo che documentale (probatorio). Infatti, tale documentazione consente a quest'ultima di acquisire agevolmente la conoscenza delle metodologie e dei criteri adottati dalla società verificata, della scelta, **valutazione ed analisi dei c.d. comparables** (transazioni e/o soggetti utilizzati per la verifica del valore normale) (7) e, infine, dei criteri adottati per conformarsi o discostarsi (e in quale misura) dai valori medi richiesti dalla norma per la determinazione del valore normale.

In altri termini, l'Amministrazione finanziaria può comodamente "appoggiarsi" sul complessivo **benchmark effettuato dal contribuente**, limitandosi a contestarne la correttezza in tutto o

su taluni aspetti e, eventualmente, ad integrarlo con elementi marginali, parziali o, comunque, suggeriti dalla stessa analisi effettuata dal contribuente. Anche sotto il profilo probatorio, l'attività dell'Ufficio impositore è notevolmente facilitata, non essendo esso chiamato a fornire alcun elemento di prova su fatti e valutazioni provenienti dal contribuente stesso, se non nel momento in cui intenda contestarli (8).

L'ulteriore vantaggio sistemico che la nuova disposizione in commento potrebbe recare all'Amministrazione finanziaria è quello di consentire alla stessa di creare progressivamente un "database" sempre suscettibile di arricchimento di elementi comparativi nei vari settori merceologici in grado di costituire la base probatoria, solo da aggiornare ed integrare, per future attività di verifica ed accertamento.

3. Idoneità della documentazione

La disapplicazione delle sanzioni connesse ad una rettifica dei prezzi di trasferimento praticata nell'ambito delle transazioni infragruppo è legata alla presentazione, da parte del contribuente, di una specifica documentazione la quale dovrà essere considerata "idonea" dall'Amministrazione finanziaria italiana in sede di verifica (9).

Sotto il profilo formale, l'idoneità va, in primo luogo, verificata in base alla **corrispondenza della documentazione** predisposta dal contribuente alla natura e alla struttura dei documenti indicati nel Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate, del 29 settembre 2010. Quest'ultimo, coerentemente con quanto stabilito dalle *Guidelines* dell'OCSE e dal Codice di Condotta UE in materia di *transfer pricing documentation*, stabilisce che il set documentale si compone di un **Masterfile** e della **Documentazione Nazionale** (10).

sco-contribuente, che deve essere sempre di più basato sulla fiducia, sulla trasparenza e sulla semplificazione.

Rendere l'adempimento più semplice e certo nelle modalità e nei contenuti agevola la competitività delle imprese e gli investimenti, creando le condizioni per favorire la crescita economica del paese".

(6) Cfr. circolare n. 25/E del 31 luglio 2013. Nello stesso senso, la circolare dell'Agenzia delle entrate n. 25/E del 6 agosto 2014, avente ad oggetto gli indirizzi operativi per la prevenzione ed il contrasto all'evasione fiscale per il periodo di imposta 2014.

(7) Per approfondimenti in tema di analisi di comparabilità, cfr. P. Valente, A. Della Rovere, P. Schipani, *Analisi di comparabilità nel transfer pricing: metodologie applicative*, IPSOA, 2013; P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, IPSOA, 2015, pag. 2331 ss.

(8) In tal modo, l'analisi effettuata dal contribuente diventa, di fatto, la base su cui si può sviluppare l'attività di accertamento, a meno che l'Ufficio non ritenga di disconoscere totalmente le allegazioni del contribuente (avendo però l'obbligo di motivare tale disconoscimento) e ricostruire *ex novo* criteri, modalità ed elementi di fatto della comparazione.

(9) Da un punto di vista formale, ai fini della disapplicazione delle sanzioni connesse alla rettifica dei prezzi di trasferimento infragruppo, è necessario che il contribuente comunichi, in sede di dichiarazione dei redditi, il possesso della documentazione di *transfer pricing*.

(10) Per approfondimenti sulla struttura formale della documentazione così come previsto dal Provv. 29 settembre 2010, cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, op. cit., pag. 799 ss.

Inoltre, il Provvedimento del 29 settembre 2010 prevede un onere documentale diversificato a seconda della tipologia del contribuente. In particolare:

- le società **holding** devono predisporre sia il *Masterfile* che la Documentazione Nazionale;
- le società **sub-holding** devono predisporre sia il *Masterfile* che la Documentazione Nazionale;
- le società **controllate** devono predisporre esclusivamente la Documentazione Nazionale (11).

Ai fini della valutazione del giudizio di idoneità, e pertanto della disapplicazione del regime sanzionatorio, assume rilevanza la tematica dei **termini di consegna** della documentazione sui prezzi di trasferimento. A tal proposito, la circolare n. 58/E/2010, evidenziando come la disapplicazione del regime sanzionatorio si basa sull'apprezzamento del comportamento in buona fede e collaborativo del contribuente, sottolinea come "questa impostazione è volta ad apprezzare una spontanea predisposizione di documentazione, in quanto non sollecitata da accessi, ispezioni, verifiche o da altre attività istruttorie".

Pertanto, il termine di consegna della documentazione di *transfer pricing* pari a **dieci giorni dalla richiesta** dell'Amministrazione finanziaria, previsto dal Provvedimento del 29 settembre 2010, risponde all'esigenza di un normale lasso di tempo concesso dagli organi di controllo necessario per la collazione della stessa (12). Se nel corso delle attività ispettive si rende necessario ottenere informazioni o effettuare **analisi supplementari** da parte del contribuente, verranno concessi allo stesso **ulteriori sette giorni** (o, in accordo con i Verificatori, un maggior tempo necessario a seconda della complessità dell'analisi e della difficoltà di reperire le informazioni) dalla richiesta da parte dell'Amministrazione finanziaria.

Tale ulteriore termine potrebbe risultare decisivo nella valutazione dell'idoneità della documentazione sui prezzi di trasferimento: infatti,

nell'ambito del contraddittorio, eventuali lacune nella stessa legate ad omissioni o inesattezze parziali dovrebbero essere colmate mediante la richiesta da parte degli organi di controllo della documentazione mancante o integrativa.

4. Valutazione dell'idoneità della documentazione

La circolare n. 58/E/2010 evidenzia come il concetto di "idoneità" introdotto dall'art. 26 del D.L. n. 78/2010 non va ricondotto al mero rispetto formale delle indicazioni previste dal Provvedimento, bensì a un'ottica più ampia e sostanzialistica, che premi l'attitudine della documentazione predisposta dal contribuente a fornire all'Amministrazione finanziaria i dati e gli elementi conoscitivi necessari ad effettuare una **completa e approfondita analisi dei prezzi** di trasferimento praticati. In altre parole, "la documentazione potrà essere considerata 'idonea' laddove sia in grado di fornire un quadro informativo che consenta il riscontro della conformità dei prezzi di trasferimento praticati al principio del valore normale, assicurando adeguata coerenza con i principi declinati dal Codice di Condotta UE e dalle Linee Guida OCSE. E ciò indipendentemente dalla circostanza che, in esito a tale analisi, dovesse risultare che tale valore sia diverso da quello individuato dal contribuente".

Nella prassi operativa, si è riscontrata una notevole incertezza nell'applicazione del concetto di "idoneità" nel corso delle **attività ispettive intraprese dai Verificatori** (13). Nel corso delle attività ispettive, questi ultimi dovrebbero comprendere se la *policy* di *transfer pricing* dell'impresa ha portato il contribuente a determinare prezzi *intercompany* coerenti con l'**arm's length principle**, tenendo conto di come tale tematica sia caratterizzata da valutazioni e stime di particolare complessità. Tutto ciò potrebbe influenzare l'analisi di comparabilità e rendere non significativo l'*interquartile range* identificato e il

(11) La circolare n. 58/E/2010 specifica che "Per quanto riguarda invece le stabili organizzazioni in Italia di imprese non residenti, il Provvedimento pone a carico delle stesse un regime di oneri che varia a seconda che il soggetto non residente di cui la stabile organizzazione è parte si qualifichi come *holding*, *sub-holding* o impresa controllata. Anche in tal caso, vige il più volte richiamato principio, in base al quale l'onere documentale trova specifica diversificazione in ragione del grado di accessibilità alle informazioni da parte dell'impresa".

(12) "Giova osservare che, in considerazione degli effetti legati al possesso o meno di documentazione idonea, dovrà pre-

starsi particolare attenzione a far constare in atti, in modo esplicito, l'avvenuta richiesta di consegna di documentazione prevista dal sistema in commento" (circolare n. 58/E/2010).

(13) In tal senso si è espressa anche Assonime nella Nota n. 9/2014: "Al riguardo ci sono state segnalate notevoli incertezze derivanti dalla valutazione talora discutibile dei verificatori circa la presunta non idoneità della documentazione predisposta ad assolvere ai suoi fini, con conseguente impossibilità per le imprese di essere effettivamente sollevate dalle sanzioni per infedele dichiarazione".

posizionamento della *tested party* all'interno di tale intervallo (14).

Con riferimento al rapporto tra le contestazioni effettuate dai Verificatori sulla *policy* di *transfer pricing* adottata dal contribuente ed il giudizio di idoneità espresso dagli organi di controllo sulla stessa è necessario sottolineare che qualsiasi elemento che porti l'Amministrazione finanziaria a ritenere, ad esempio, i soggetti individuati dal contribuente come "non comparabili" e/o ritenere l'analisi di comparabilità e l'applicazione dei metodi di *transfer pricing* non corretti, non dovrebbe condurre a valutazioni di non sufficienza in ordine al giudizio di idoneità della Documentazione Nazionale presentata dal contribuente. Del resto, la *ratio* della norma (art. 26 del D.L. n. 78/2010) che ha introdotto gli oneri documentali in Italia in materia di prezzi di trasferimento (così come interpretata anche nelle diverse circolari pubblicate annualmente dall'Agenzia delle entrate) è quella di fornire all'Amministrazione finanziaria tutti gli elementi idonei ed utili alla valutazione delle politiche di *transfer pricing* adottate dal contribuente (15).

La norma sembra quindi fare chiaro riferimento a un elemento oggettivamente riscontrabile (anche se soggettivamente apprezzabile) consistente nella "idoneità" della documentazione predisposta dal contribuente al fine della verifica della conformità al valore normale dei prezzi di trasferimento adottati in sede infragruppo (16).

Sembra evidente che questa verifica non attiene all'accertamento della correttezza dei criteri adottati dal contribuente e, quindi, della adeguatezza dei prezzi di trasferimento appostati, in quanto si verte proprio in casi in cui l'attività ispettiva ed accertativa si conclude con il riconoscimento di tali criteri e con l'adozione di criteri di valutazione diversi.

Sotto il **profilo sostanziale e contenutistico**, si ritiene che l'idoneità debba (oggettivamente) configurarsi come la capacità del documento di dare **piena evidenza dei criteri adottati** dal soggetto verificato ai fini della determinazione dei prezzi di trasferimento. In tal senso, dovrebbe essere interpretato il termine "riscontro", adottato nella norma di cui trattasi. In altri termini, la documentazione deve essere in grado

(14) "Fisiognomica del *transfer pricing*

Tutti i *benchmark* sono verosimili, quantomeno in teoria.

Tutti i *benchmark* verosimili in teoria sono teoricamente applicabili nella pratica.

Tuttavia, non tutti i *benchmark* teoricamente applicabili nella pratica sono praticamente applicabili ad ogni caso concreto.

Di più: taluni *benchmark* teoricamente applicabili nella pratica possono essere praticamente inverosimili e concretamente risultare inapplicabili (in un dato caso concreto).

Sta all'interprete distinguere quelli verosimili da quelli inverosimili, valutare se quelli verosimili sono possibili, stimare se quelli possibili sono probabili (nello specifico caso concreto).

Il contraddittorio Fisco-Contribuente serve a stabilire un livello di manifesta verosimiglianza e di altrettanto manifesta inverosimiglianza del *benchmark*.

Equilibrio e spirito critico sostengono la capacità di discernere l'accettabile verosimiglianza dall'inaccettabile inverosimiglianza.

Qui sta il punto critico di interessi così contrapposti tra Fisco e Contribuente da rendere possibile l'improbabile e probabile l'impossibile.

Verosimile o inverosimile che sia.

E a far assurgere - con sempre maggiore probabilità - l'inverosimile a possibile".

Cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, IPSOA, 2015, pag. 1286 ss.

(15) Come evidenzia la circolare n. 58/E/2010 "Qualora emergano, in sede di controllo, situazioni di particolare complessità nella valutazione di idoneità della documentazione presentata dal contribuente, l'Ufficio procedente deve immediatamente interessare la competente Direzione Regionale, per ricevere le Direttive del caso. Qualora l'Ufficio pervenga ad una prognosi di inidoneità motivatamente non condivisa dal contribuente, la questione va sempre tempestivamente rimessa, per la relativa decisione, alla Direzione Regionale. Qualora la retti-

fica avente ad oggetto i prezzi di trasferimento infragruppo sia di importo superiore a dieci milioni di euro, la questione deve essere tempestivamente rimessa alla Direzione Centrale Accertamento, per il tramite della Direzione Regionale. Nelle suddette situazioni, l'Ufficio inoltra un'apposita relazione sulla valutazione effettuata, evidenziando eventuali situazioni di complessità nonché le deduzioni del contribuente, allegando e commentando eventuali memorie dallo stesso presentate in merito alla pretesa idoneità della documentazione consegnata, oltre che copia dei verbali dai quali si rilevi il contraddittorio con la parte avente ad oggetto gli elementi documentali forniti. Per le ipotesi rimesse alla decisione della Direzione Centrale Accertamento, la Direzione Regionale inoltra, a propria volta, un'apposita relazione che riassume gli elementi forniti dall'Ufficio ed esprima la propria posizione".

(16) Nell'ambito della materia tributaria e dell'applicazione delle relative sanzioni in particolare, l'elemento psicologico - a differenza di quanto avviene in materia penale - è irrilevante. Si ricorda a tal proposito che, in termini generali, l'art. 8 del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 dispone che il giudice tributario possa dichiarare non applicabili le sanzioni non penali in caso di "obiettive condizioni di incertezza" sulla portata e sull'ambito di applicazione delle disposizioni alle quali esse si riferiscono. È evidente che, anche in questo caso, l'aspetto psicologico e la buona fede (pur prevista e codificata, ma senza effetti concreti, dallo Statuto dei diritti del contribuente) non assumono rilievo ai fini della non applicazione delle sanzioni. Per quanto attiene al caso di specie, si ritiene che il disposto dell'art. 1, comma 2-ter, del D.Lgs. n. 471/1997 rappresenti un'applicazione "specialistica", circostanziata e, entro certi termini, obbligatoria, della citata disposizione dell'art. 8 del D.Lgs. n. 546/1992, che è invece fortemente discrezionale.

Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, IPSOA, 2015, pag. 923 ss.

di porre gli organi accertatori in condizione di effettuare la verifica (“il riscontro”) dei criteri adottati dal contribuente, non solo allo scopo di condividerne la correttezza, ma anche al fine di disconoscere la stessa.

Da ciò consegue che, qualora la documentazione esaminata abbia posto gli organi verificatori in grado di comprendere esattamente i criteri adottati dal contribuente nella determinazione dei prezzi di trasferimento in tutti i suoi aspetti teorici ed applicativi, può ben dirsi che la documentazione stessa è oggettivamente “idonea” a favorire l’attività di verifica. La predisposizione della documentazione idonea rappresenta quindi un elemento in cui si concretizza la “buona fede” del contribuente nei rapporti con l’Amministrazione finanziaria, benché non si esaurisca in essa, essendo altresì necessaria la sussistenza del requisito oggettivo (o comunque non soltanto di quello psicologico) della attitudine del mezzo a raggiungere lo scopo (17).

5. Previsioni OCSE in tema di semplificazione

La tematica della documentazione di *transfer pricing* è stata oggetto di discussione anche nell’ambito dell’**Action 13 del Progetto BEPS**, lanciato dall’OCSE in data 12 febbraio 2013 (18).

In particolare, il *Final Report “Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting”* pubblicato dall’OCSE nell’ottobre 2015, dopo aver indicato come il *set* documentale dovrebbe comporsi di un *Masterfile*, di un *Country File* e del c.d. *Country-by-Country Reporting* (19), ha identificato le principali questioni che i vari Paesi dovrebbero prendere in considerazione

nello sviluppo di regole in materia di *transfer pricing documentation*:

- **contemporaneous documentation**: la disciplina sul *transfer pricing* prevede che il contribuente debba stabilire i prezzi di trasferimento in conformità all’*arm’s length principle*, sulla base delle informazioni ragionevolmente disponibili al momento della transazione; pertanto, il contribuente dovrebbe dimostrare il rispetto del principio di libera concorrenza al momento del *pricing* e successivamente, in sede di presentazione della dichiarazione dei redditi, confermare che i propri risultati possano essere considerati *at arm’s length*;

- **tempistica**: il *timing* previsto per la predisposizione della documentazione sui prezzi di trasferimento varia da Paese a Paese; l’OCSE suggerisce di predisporre sia il *Masterfile* che il *Local File* non oltre la data indicata per la presentazione della dichiarazione dei redditi per il periodo di imposta di riferimento;

- **materiality**: l’obiettivo dell’Amministrazione finanziaria è quello di analizzare le informazioni più rilevanti, perciò la “materialità” delle transazioni dovrebbe essere uno dei criteri alla base della documentazione di *transfer pricing*;

- **conservazione della documentazione**: l’OCSE suggerisce la conservazione della documentazione sui prezzi di trasferimento per un periodo di tempo “ragionevole”, coerente con le disposizioni della legislazione nazionale. In particolare, le Amministrazioni finanziarie devono tenere in considerazione le difficoltà per le imprese di reperire documentazione ed informazioni relative ad anni precedenti, limitando la richiesta delle stesse ai soli casi in cui vi sia effettiva necessità di consultazione;

(17) Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, IPSOA, 2015, pag. 923 ss.

(18) Per approfondimenti sul Progetto BEPS, cfr. P. Valente, *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014, pag. 1094 ss.; P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, op. cit., pag. 1811 ss.; P. Valente, “*Base Erosion e Profit shifting. L’Action plan dell’OCSE*”, in *il fisco*, n. 37/2013, pag. 5744.

(19) Il *Country-by-Country Reporting* contiene informazioni relative all’allocazione globale dei profitti, alle imposte pagate, a specifici indicatori economici (*tangible assets*, numero di dipendenti, costi del personale, ecc.) con riferimento ai vari Paesi in cui il gruppo multinazionale opera. In *compliance* con le indicazioni OCSE sul *Country-by-Country Reporting*, la Legge 28 dicembre 2015, n. 208 introduce nell’ordinamento italiano specifici obblighi di rendicontazione a carico delle imprese (cfr., in particolare, i commi da 145 a 147 dell’art. 1 della Legge).

La nuova normativa italiana prevede che l’obbligo di rendicontazione incombe sulle società controllanti del gruppo residenti in Italia ai sensi dell’art. 73 del T.U.I.R., tenute alla reda-

zione del bilancio consolidato, se il gruppo registra un fatturato consolidato nel periodo d’imposta precedente di almeno 750 milioni di euro e se le società non sono, a loro volta, controllate da soggetti diversi dalle persone fisiche. Il medesimo obbligo ricade anche in capo alle società controllate residenti in Italia, se la controllante è residente in uno Stato “che non ha introdotto l’obbligo di presentazione della rendicontazione Paese per Paese ovvero non ha in vigore con l’Italia un accordo che consenta lo scambio delle informazioni relative alla rendicontazione Paese per Paese ovvero è inadempiente all’obbligo di scambio delle informazioni relative alla rendicontazione Paese per Paese” (cfr. il comma 146). Costituiscono oggetto di rendicontazione, l’ammontare dei ricavi e degli utili lordi, le imposte pagate e maturate, nonché altri elementi indicatori di attività economica effettiva.

Cfr. P. Valente, “Documentazione nel *transfer pricing*: dalle linee guida OCSE alla riforma italiana”, in *il fisco*, n. 5/2016, pag. 439.

- **frequenza degli aggiornamenti:** secondo quanto affermato dall'OCSE, la documentazione di *transfer pricing* dovrebbe essere rivista periodicamente (generalmente, annualmente) al fine di verificare la validità dell'analisi funzionale effettuata e della metodologia di *transfer pricing* adottata (20); tuttavia, non sempre il *business* della società/gruppo, le analisi (economiche/funzionali) e i *comparables* selezionati variano di anno in anno. Per tale ragione, al fine di ridurre e semplificare gli oneri di *compliance*, le disposizioni in materia di documentazione possono prevedere che il *set* di *comparables* sia aggiornato ogni tre anni, a condizione che le analisi alla base del *transfer pricing study* non abbiano subito modificazioni significative;

- **lingua della documentazione:** operando in diversi Paesi, il gruppo multinazionale è tenuto alla predisposizione della documentazione sui prezzi di trasferimento nelle varie lingue locali. Al fine di ridurre costi e tempi (dovuti alla traduzione della documentazione), l'OCSE suggerisce la predisposizione del *Masterfile* in inglese mentre il *Local File* dovrebbe essere redatto nella lingua locale;

- **sanzioni:** alcuni Paesi prevedono l'applicazione di sanzioni nel caso di mancata predisposizione della documentazione sui prezzi di trasferimento; altri Paesi prevedono invece specifici incentivi (quali, la disapplicazione delle sanzioni relative alle rettifiche dei prezzi di trasferimento o la ripartizione dell'onere della prova) nel caso di presentazione di idonea *transfer pricing documentation*. Tali divergenze potrebbero influenzare la *compliance* del contribuente;

- **riservatezza:** le Amministrazioni finanziarie devono assicurare che non vengano divulgati segreti commerciali e tutte le informazioni riservate relative al *business* della società/gruppo, rese note durante una verifica (21).

6. *Transfer pricing*, documentazione e profili penal-tributari

La formulazione e la *ratio* dell'art. 110, comma 7, del T.U.I.R. contengono un significativo margine di **soggettività nelle valutazioni**, *in primis* ove si fa riferimento al valore "normale", in quanto la "normalità" costituisce, a sua volta, un elemento che si fonda sui criteri di calcolo (*rectius*, di determinazione) del valore normale statuiti dall'art. 9, comma 3, del T.U.I.R., che rappresenta il disposto di diritto nazionale (sostanzialmente) corrispondente al principio internazionalmente riconosciuto dell'*arm's length*. A loro volta, i criteri previsti dal citato art. 9 del T.U.I.R. richiedono l'individuazione del prezzo praticato in regime di libera concorrenza, vale a dire del prezzo che sarebbe pattuito per **transazioni simili** da imprese indipendenti (non legate cioè da vincoli di controllo o di colleganza in senso lato) (22).

La riforma delle sanzioni penali tributarie di cui al D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74, operata con il D.Lgs. 24 settembre 2015, n. 158, ha profondamente rivisitato il sistema dei reati fiscali con una serie di interventi diretti a circoscrivere l'ambito del penalmente rilevante a vantaggio delle sanzioni tributarie-amministrative. Questo importante intervento riformatore non poteva non incidere nel campo delle questioni relative al "*transfer pricing*" (23), anche se, va osservato, già con il sistema previgente la rilevanza penale di tale istituto era molto limitata, e comunque le applicazioni giurisprudenziali in materia si sono sempre rivelate assai circoscritte.

La ragione di tale limitato intervento della giustizia penale nel campo dei prezzi di trasferimento va individuata nella **natura** essenzialmente "**valutativa**" delle operazioni di "**transfer pricing**" e nell'esistenza di una norma come l'art. 7 D.Lgs. n. 74/2000, il quale prevedeva (testo originario) che "**non danno luogo a fatti punibili** a norma degli artt. 3 e 4 (...) le rileva-

(20) Cfr. P. Valente, "*Transfer pricing: rilevanza e criticità dell'analisi funzionale*", in *il fisco*, n. 11/2015, pag. 1063.

(21) Qualora la divulgazione si renda essenziale (ad esempio, nel corso di eventuali contenziosi), questa deve avvenire solo nella misura strettamente necessaria.

(22) Il valore normale consiste, quindi, nel prezzo "mediamente" praticato per i beni e i servizi della stessa specie o simili, in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nel medesimo tempo e luogo.

La norma *de qua* fa poi riferimento ai listini o alle tariffe del cedente o del prestatore, ai mercuriali e ai listini delle camere di commercio ed alle tariffe professionali, tenendo conto degli sconti d'uso.

La normativa contiene una serie di elementi che, in sé considerati o combinati tra loro, introducono elementi di aleatorietà e di soggettività, che, però, devono manifestarsi in entità numerarie (*i.e.*, la determinazione del valore delle transazioni fiscalmente rilevante) condivisi dalle parti del rapporto tributario, ovvero verificabili dal giudice cui è demandata la soluzione di un'eventuale controversia.

Cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, IPSOA, 2015, pag. 1330 ss.

(23) Cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, IPSOA, 2015, pag. 1727 ss.; P. Valente, I. Caraccioli, S. Mattia, "*Transfer pricing: valutazioni estimative e irrilevanza penale*", in *Corr. Trib.*, n. 2/2016, pag. 98.

zioni e le valutazioni estimative rispetto alle quali i criteri concretamente applicati sono stati comunque indicati nel bilancio” (comma 1); “in ogni caso non danno luogo a fatti punibili a norma degli artt. 3 e 4 le valutazioni estimative che, singolarmente considerate, differiscono in misura inferiore al dieci per cento da quelle corrette” (comma 2).

La riforma penal-tributaria ora entrata in vigore ha inciso sulle citate fattispecie sotto vari profili: in primo luogo, aumentando considerevolmente le soglie quantitative di punibilità; in secondo luogo, introducendo criteri interpretativi destinati a circoscrivere la sfera della rilevanza penale nel solo caso di **vera e propria “inesistenza”** di dati elementi, e non di discutibile “fittizietà” (come in precedenza).

Quanto alla nuova formulazione della **“dichiarazione infedele”** è stato inserito nell’art. 4 il nuovo comma 1-*bis*, in forza del quale la rilevanza penale dei comportamenti viene circoscritta a comportamenti che non siano semplicemente “ineducibili”, specificamente escludendosi la rilevanza stessa nei casi di “valutazione di elementi attivi o passivi oggettivamente esistenti, rispetto ai quali i criteri concretamente applicati sono stati comunque indicati nel bilancio ovvero in altra documentazione rilevante ai fini fiscali” e della “non deducibilità di elementi passivi reali”. Parimenti di grande rilevanza depenalizzante appare la nuova lett. d) dell’art. 4, che peraltro, in forza dell’inciso “ovunque presente”, possiede un carattere assolutamente generale: “la parola fittizi, ovunque presente, è sostituita dalla seguente: inesistenti”.

In conseguenza di tale sostanziale riforma della fattispecie criminosa di maggiore sfera applicativa in materia di *transfer pricing*, le molteplici questioni interpretative-applicative connesse al sistema del *transfer pricing*, ed alle sue complesse regole tecniche, vengono automaticamente escluse dal settore della rilevanza penal-tributa-

ria, con l’ovvia conseguenza che le eccezioni inerenti alla non corretta applicazione dei criteri tecnici relativi ai prezzi di trasferimento non potrà più essere oggetto di denuncia al Pubblico ministero e, ove questo eventualmente avvenga, dovrà essere emanata una pronuncia giudiziale di non doversi procedere (24).

7. Conclusioni

In conclusione, si può ritenere che la documentazione di supporto delle politiche di *transfer pricing* possa ritenersi “idonea” se:

- risponde ai requisiti formali previsti dal Provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle entrate del 29 settembre 2010;

- ha posto gli organi accertatori in grado di comprendere compiutamente le politiche adottate: tale circostanza può essere comprovata dal fatto che, nei processi verbali di constatazione o negli avvisi di accertamento, l’Amministrazione finanziaria denoti la sua completa conoscenza, derivante dalla acquisizione di tali documenti, delle logiche e delle tecniche applicative dei prezzi di trasferimento adottate dal contribuente, seppur al fine di contestarle.

La norma sembra quindi chiaramente rimandare ad un elemento oggettivamente riscontrabile (anche se soggettivamente apprezzabile) consistente nella “idoneità” della documentazione predisposta dal contribuente al fine della verifica della conformità al valore normale dei prezzi di trasferimento adottati in sede infragruppo.

Possono quindi sussistere, contemporaneamente, nella fattispecie astratta e in quella concreta, **“idonea documentazione”** e recupero tributario. La sussistenza della prima evita l’applicazione delle sanzioni, ma non del recupero di maggior materia imponibile. L’idoneità non è quindi integrata nella rispondenza contenutistica della documentazione al disposto dell’art. 110, comma 7, del T.U.I.R. (25).

(24) In conseguenza di tale profonda riforma penal-tributaria, dovrebbero ora essere sottoposti a revisione i criteri interpretativi di cui alle vecchie circolari 14 aprile 2000 del Comando Generale della Guardia di Finanza, poi integrata dalla c.d. “maxi-circolare” n. 1/2008 dello stesso Comando generale, nonché alla circolare 4 agosto 2000 dell’allora Ministero delle Finanze, che appunto legittimavano (per non dire “stimolavano”) un’ampia sfera di rilevanza di dati comportamenti imprendito-

riali inerenti al *transfer pricing* relativamente alle società nelle quali la materia dei prezzi di trasferimento risultava di larga applicazione.

Per approfondimenti cfr. P. Valente, I. Caraccioli, S. Mattia, “*Transfer pricing: valutazioni estimative e irrilevanza penale*”, in *Corr. Trib.*, n. 2/2016, pag. 98.

(25) Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, IPSOA, 2015, pag. 923 ss.